<u>LES REFERES ET</u>
<u>LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX</u>

Le référé est une **procédure d'urgence** engagée devant le président d'une juridiction (autant privée que publique) pour faire cesser une situation contraire à la loi, le référé **permet d'obtenir, à titre provisoire**

- toutes mesures qui ne se heurtent pas à une contestation sérieuse ;
- toutes mesures de conservation ou de remise en état pour prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite.

Les procédures de référés ont **trois objectifs principaux** :

- Obtenir rapidement le versement d'une provision
- faire ordonner une mesure d'instruction, avant tout procès au fond
- faire cesser un trouble manifestement illicite, obtenir une remise en état, dans tous les cas d'urgence.

Les procédures de référés répondent à la nécessité d'assurer des délais de jugement plus rapides (48h).

L'urgence est appréciée par le juge selon le contexte comme l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent

En droit français, les procédures de référés, antérieures à **loi du 30 juin 2000,** faisaient l'objet d'une lenteur administrative. Cette loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives a apporté une évolution essentielle et a réformé la justice administrative, dans le sens d'une action plus rapide.

Cela permet donc de **mieux protéger les droits fondamentaux** qui se définissent comme des droits naturels inhérents à la personne humaine. C'est un ensemble évolutif de droits considérés en raison de leur importance, s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire. Ils comprennent essentiellement les droits de l'Homme et les libertés fondamentales englobant des droits civils, politiques, sociaux et économiques.

En quoi les référés protègent-il réellement les droits fondamentaux ?
Est-ce la meilleure procédure protectrice des droits fondamentaux ?

I) Les référés protecteurs des droits fondamentaux

Il faut distinguer les référés protecteurs en droit privé et en droit public.

A) En droit privé

1) En droit civil : Référé civil

Au sein des tribunaux judiciaires, le juge des référés est un magistrat dont l'intervention rapide peut être requise dans trois cas principaux :

- Mesures urgentes qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse
- Mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent
- Référé probatoire, qui vise en dehors de tout procès à la prise de mesure ou à l'obtention de pièces dont pourraient dépendre l'issue d'un éventuel litige ultérieur

doc 7 : cass civ 2ème 14 novembre 2002 *:* Une personne victime d'une diffamation peut par une procédure d'urgence obtenir la cessation du trouble lorsque ce dernier est illicite. La vérité des faits diffamatoires doit être établie dans un délai de 10 jours.

Elle est possible devant les juridictions de 1ère instance statuant en matière civile
L'appel des ordonnances rendues par le juge des référés est de la compétence de la Cour d'appel.

Illustrations :

- **doc 6 : cass civ 2ème 20 juin 2002** :

traite de l'atteinte à la présomption d'innocence. La culpabilité de la personne doit être certaine. En l'espèce la culpabilité était prématurée, il y a absence d'atteinte à la présomption d'innocence.
En vertu de l'art 9 -1 Cciv « Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence. *Lorsqu'une personne est, avant toute condamnation, présentée publiquement comme étant coupable de le juge peut, même en référé prescrire toutes mesures, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence, et ce aux frais de la personne, physique ou morale, responsable de cette atteinte »*

- **Exemple d'ordonnances de référés en matière de droit de la personnalité et de la vie privée : Affaire Jean Philippe Smet contre Agence française de lutte contre le sida**

Saisine du juge des référés par Johnny (devant TGI) qui demande que soit interdit à l'agence et à canal + l'utilisation de tte affiche prospectus et slogan faisant allusion à Johnny et utilisant la phraséologie imaginée par canal + dans le cadre de la marionnette des guignols de l'info . En effet canal a autorisé l'agence à utiliser cette phraséologie : « ah que avec moi une femme se sent protégée » en faveur d'un préservatif baptisé Johnny « préservatif qui assure » et affublé d'une coiffure rocker
Le juge avait jugé que le dommage pouvant en résulter constituait un trouble manifestement illicite qu'il y avait lieu de faire cesser.

2) En procédure pénale : Référé-détention

- Créé par la ***loi Perben du 9 septembre 2002***
    - il est exercé par le procureur de la République

  - devant le premier président de la cour d'appel
  - en vue de déclarer suspensif l'appel formé par le ministère public
  - contre une ordonnance de mise en liberté d'une personne placée en détention provisoire.
- cet appel revêt un caractère suspensif.

Il y aura donc un référé-détention en cas de contradiction entre la décision du juge des libertés et de la détention (JLD) ou du juge d'instruction et les réquisitions du Procureur.
Ce référé doit rester "une faculté" pour le Procureur, et ne pas être automatique en complément d'un appel. Son champ d'application est donc limité.

- **Illustration par le doc 8 cass crim 1^{er} avril 2003 :**

sur la recevabilité de l'appel d'une ordonnance de placement en détention. Les dispositions du Code de procédure pénale relatives à la procédure du référé-détention, ne dispensent pas le procureur de la République de former son appel d'une ordonnance de mise en liberté non conforme à ses réquisitions par une déclaration au greffe signée par lui et le greffier

- **Illustration : Cf doc 9 : cass crim 20 juin 2006** :

le juge de la liberté et de la détention ne peut ordonner la prolongation de la détention pour une durée de 4 mois. Le référé détention n'est pas applicable lorsque le juge des libertés et de la détention refuse de prolonger la détention de la personne mise en examen.

B) **<u>En droit public : Le juge des référés, seul juge administratif de l'urgence</u>**

La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

- a non seulement sacralisé le juge des référés, en empêchant les dérives de la voie de fait
- mais elle a aussi introduit deux nouvelles procédures d'urgence: le référé-suspension et le référé-liberté.

La loi du 30 juin 2000 se substitue aux procédures d'urgence classiques et entend relégitimer le juge administratif en lui octroyant la très symbolique arme du référé.
Ces nouvelles armes dérogatoires au droit commun sont des mesures d'urgence et permettent d'obtenir du juge des référés certaines mesures provisoires ou conservatoires qui assurent la sauvegarde de certains droits et le développement des garanties des droits fondamentaux

1) **<u>Le référé liberté : permet le développement des garanties des droits fondamentaux</u>**

Le juge des référés ne peut exercer son pouvoir d'injonction que si **trois conditions** cumulatives sont réunies :

- **L'acte attaqué doit émaner**
  - d'une personne morale de **droit public**
  - ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un **service public**, agissant dans l'exercice de ses pouvoirs.

- **L'acte attaqué doit porter atteinte à une liberté fondamentale :**

La notion est délicate à appréhender car elle ne fait l'objet d'aucune définition légale générale. Le législateur a laissé au juge administratif le soin de préciser cette condition d'octroi du référé-liberté.

Il ressort de la jurisprudence que la notion de liberté fondamentale trouve sa source dans la Constitution et accessoirement dans les traités internationaux (ex. : CEDH).

⇨ Ainsi ont notamment été considérées comme des libertés fondamentales

la libre expression du suffrage, le droit de grève, le droit du respect de la vie familiale, la liberté de culte, la liberté de communication,…

- **L'atteinte portée à la liberté doit être grave et manifestement illégale :**

C'est au requérant de faire la preuve de la gravité de l'atteinte qui lui est portée et qui doit lui être **directe** et **personnelle**.

Le juge des référés procède à une estimation du préjudice subi par le requérant pour qualifier l'atteinte de « grave ».Il prend en compte les données de chaque espèce

Le juge devant statuer en 48 H, l'illégalité doit être flagrante.

⇨ **En tout état de cause, outre ces trois conditions, la demande doit être justifiée par l'urgence.**

⇨ **Il ya une possibilité d'appel de l'ordonnance de référé**

Cf **doc 5 CE 2003 SARL ICOMATEX** : demande en annulation d'une ordonnance du juge des référés. Cet arrêt traite des conditions de l'expulsion en référé d'un occupant sans titre du domaine public. Lorsque le juge des référés est saisi, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, d'une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public, il lui appartient de rechercher si, au jour où il statue, cette demande **présente un caractère d'urgence et ne se heurte à aucune contestation sérieuse.**

// Cette procédure de sauvegarde des libertés fondamentales, l'une des « procédures de pointe», qualifiée d'« innovation majeure » par les travaux parlementaires, remplace pour partie le sursis à exécution.

Cf sur le sursis à exécution demandé : **doc : CE 30 juin 2000 Association promouvoir :**

C'est un arrêt très important comme cadre explicatif des procédures de référés administratifs

l'Association Promouvoir et des parents de mineurs de plus de 16 ans ont formé un recours pour excès de pouvoir devant la Conseil d'Etat, statuant en premier et dernier ressort, afin d'obtenir le reclassement de ce film dans la catégorie des films pornographiques et d'incitation à la violence, interdits aux mineurs de 18 ans.

2) <u>Le référé suspension</u>

Le référé suspension permet d'obtenir la suspension de l'application d'une décision administrative. Le juge se prononce dans un délai de 48h à un mois ou plus en fonction de l'urgence.

La mesure de suspension est provisoire, elle cesse de produire son effet dès que le tribunal s'est prononcé sur la demande d'annulation.

<u>Pour permettre au juge des référés de suspendre tout ou partie des effets juridiques d'une décision, trois conditions cumulatives sont requises :</u>

- **L'existence de la requête en annulation ou en réformation de la décision administrative.**
- **L'urgence : doit justifier la demande**

Il est à la charge de l'auteur de la demande de justifier de l'urgence de l'affaire. S'il n'est pas interdit au juge de vérifier lui-même si l'urgence ne résulte pas de l'objet et de la portée de l'acte en cause, la demande doit être étayée par des circonstances particulières caractérisant la nécessité pour le demandeur de bénéficier de la suspension sollicitée.

- **Le risque de préjudice doit être immédiat.**

Le juge prend en compte le délai restant à courir au jour où il statue avant l'entrée en vigueur de la décision et aussi du fait que la décision aura produit ses effets avant que le juge du fond ait eu le temps de statuer

doc 3 CE ord 27 juillet 2001 ville d'Etampes
cf art L 554-1 et L 554-3 CJA
Une demande de suspension peut être prononcée par le président du tribunal administratif ou le magistrat dans les 48 heures, lorsque l'acte attaqué est de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique et individuelle.

- **Possibilité d'appel** devant le CE dans la quinzaine de la notification de la suspension de la décision

Si la procédure de référé paraît très protectrice des droits fondamentaux notamment par l'urgence des ordonnances rendues
La protection n'est pas tant assurée que ça et on peut se demander si les référés sont légitimes

II) Une protection des droits fondamentaux par les référés limitée ?

Il ya une limite de la protection due à la nature de l'ordonnance de référé rendue et la position du juge
Ainsi que Des difficultés d'application et d'interprétation des pouvoirs du juge

A) Limite de la protection (due à la nature de l'ordonnance de référé rendue et la position du juge)

1) Le juge des référés ne peut être le juge du fond

L'ordonnance de référé n'a pas l'autorité de la chose jugée. C'est à dire qu'il n'y a aucune utilité réelle à en faire appel, puisque celui-ci n'a pas d'effet suspensif.
Ce n'est pas une décision erga omnes
Ce n'est qu'une décision de fond
Le juge des référés est souvent désigné sous le vocable de "juge des apparences" car il n'a pas le pouvoir de se prononcer sur le fond des litiges.
Il permet d'obtenir rapidement une décision qui n'a toutefois pas la valeur d'une décision au fond : ce qui veut dire qu'une ordonnance de référé est susceptible d'être remise en cause à l'issue d'une procédure au fond, procédure plus longue au cours de laquelle les pièces et arguments seront étudiés de façon plus approfondie et où pourront être débattues des questions de droit plus pointues.

D’une manière générale le juge des référés ne peut pas ordonner des mesures qui auraient un effet équivalent à l’exécution du jugement au fond, lequel reste à intervenir à la date de l’ordonnance de référé.

Cf les arrêts de la fiche montrent que les aff sont arrivées devant la Cour de cassation

2) Une notion de liberté fondamentale pas si protégée car l’ordonnance de référé rendu est provisoire

D’une manière générale le juge des référés ne prend que des mesures provisoires
Il n’est pas saisi du principal. Il s’en suit que des conclusions autres que celles prévues par les dispositions législatives propres à chaque référé sont irrecevables, par exemple le juge des référés n’a pas de pouvoir d’annulation :

Doc 1 : CJCE 19 juin 1990 Queen / Secretary of State for Transport :
Concernant la question préjudicielle sur le caractère provisoire des mesures
La chambre des Lords anglaise a saisi la CJCE d’une question préjudicielle sur l’interprétation du droit communautaire et concernant l’étendue du pouvoir des juridictions nationales pour ordonner des mesures provisoires lorsque sont en cause des droits qui seraient conférer par le droit communautaire.
Elle a jugé que « Le seul obstacle qui s’oppose à ce que la juridiction nationale saisie d’un litige concernant le droit communautaire ordonne des mesures provisoires est une règle du droit nationale et doit écarter l’application de cette règle ».
Dans le cadre du droit communautaire, la CJCE paraît en tout cas avoir renoncé à définir les composantes d’un droit à la protection juridictionnelle provisoire en tant qu’aspect du droit à un recours effectif que reconnaît l’article 13 de la Convention européenne des droits de l’homme.
Cette juridiction considère bien que la protection effective des droits que le justiciable tire du droit communautaire implique qu’il puisse bénéficier de leur protection juridictionnelle immédiate, et ainsi que le juge national doit pouvoir accorder des mesures provisoires contre la mesure étatique dont l’incompatibilité avec le droit communautaire est alléguée, lorsque les moyens invoqués à l’appui de la thèse de cette incompatibilité apparaissent sérieux.

B) <u>Des difficultés d’application et d’interprétation des pouvoirs du juge</u>

1) La question de l’impartialité du juge

Vu l'article 6, 1er, de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article 873, al. 2, du NCPC
Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue **par un juge impartial** ; que cette exigence doit être entendue objectivement ; qu'il en résulte que lorsqu'un juge a statué en référé sur une demande de provision en raison du caractère non sérieusement contestable d'une obligation, il ne peut ensuite statuer sur le fond du litige afférant à cette obligation.

Le champ d'action du juge des référés est diminué par des difficultés d'application
Le juge des référés est-il véritablement impartial et indépendant au regard de l'article 6 de la CEDH ?
Avec le référé liberté, la notion de liberté fondamentale est fluctuante. Mais la notion de liberté fondamentale n'est pas définie par la loi et reste floue.

Le principe de mis en avant du juge des référés n'en est pas pour autant absolu et certains problèmes juridiques se sont posé après l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, tandis que la Cour Européenne des Droits de l'Homme émettait des réserves sérieuses sur la sécurité juridique des requérants et le respect de l'article 6 de la Convention qu'elle est censée protéger.

2) **Le juge national face au juge européen : la protection des droits fondamentaux est-elle vraiment assurée ?**

Doc 1 : CJCE 19 juin 1990 Queen / Secretary of State for Transport :
Influence du juge communautaire sur le droit national
Le fait de pose une question préjudicielle à la CJCE en cas de doute du juge national dans une affaire illustre cette influence

D'autre part, le référé-liberté ne semble pas présenter toutes les garanties dont la CESDH impose le respect.
Cette affirmation peut notamment trouver écho dans la récente affaire **CEDH, 26 avril 2007, Gebremedhin c. France,**
La CEDH a jugé que la procédure de référé-liberté ne garantit pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la Convention EDH.
Il s'agissait d'un recours contre un rejet de demande d'asile. Or, la Cour constate que le référé-liberté est dépourvu de caractère suspensif.

Le rejet de la demande était motivé par l'absence d'illégalité manifeste, comme l'affirme le juge des référés « il ne ressort d'aucune des pièces versées au dossier que le refus d'entrée sur le territoire – en raison du caractère manifestement infondé de sa demande d'asile – qui a été opposé au requérant soit entaché d'illégalité manifeste ».

La mise en place d'un recours suspensif en matière de contestation devant le juge administratif des décisions de non-admission sur le territoire national conduirait le juge des référés à écarter tout moyen fondé sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative, sauf bien entendu si l'exécution d'une mesure de refoulement dépassait, en raison de changements de circonstances de droit ou de fait depuis l'entrée dans l'ordonnancement juridique de la décision, et qui excéderait le cadre qu'implique normalement sa mise à exécution.
Cette évolution du droit interne concernant le recours suspensif écarterait le référé-liberté du contentieux des décisions de non-admission sur le territoire mais garantirait aux ressortissants étrangers l'assurance de ne pas être exposés aux risques prohibés par l'article 3 de la Convention ESDH.

Le référé-liberté n'est pas un recours effectif selon la jurisprudence de la CEDH

La guerre des juges continue-t-elle ? …..